Unter welchen Voraussetzungen

tritt bei Wahlschulden eine

Beschränkung des Schuldverhältnisses

auf eine Leistung ein?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

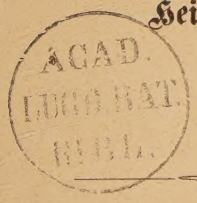
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Leuchtenberger

Referendar



Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0036

Litteratur.

1. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abteilung I. Berlin 1878.
2. Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band. 3. Auflage. Jena 1900.
3. Dernburg, Pandekten. Zweiter Band. 4. Auflage. Berlin 1894. (In der Arbeit citiert „Dernb. Pand.")
4. Dernburg, die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Erste Abteilung. 1. und 2. Auflage. Halle 1899. (cit. „Dernburg.")
5. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Band. 5. Auflage. Berlin 1899.
6. Engelmann, das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 2. Auflage. Berlin 1900.
7. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 4. Auflage. München 1900.
8. Kisch, die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.

9. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

10. Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Inaugural-Dissertation. Breslau 1901.

11. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. II. Buch. 1899.

12. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Iherings Jahrbücher. XXXXI. Bd. 2. Folge. Bd. V. Erstes bis drittes Heft. Jena 1900.

13. Leo, Die Wahl bei der Alternativ-Obligation nach Römischem und Gemeinem Rechte und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaugural-Dissertation. Göttingen 1897.

14. Marcus, Die Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Inaugural-Dissertation. Breslau 1899.

15. Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band. 4. Auflage. 1900.

16. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum zweiten Buche des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1898.

17. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

18. Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

19. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Zweites Buch. 2. Auflage. Berlin 1898.

20. Schenke, Die Alternativobligation nach Römischem, Gemeinem und neuem Bürgerlichen Recht. Inaug.-Dissert. Greifswald 1900.
21. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1897.
22. Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. München 1899.
23. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
24. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Band II. München 1900.
25. Szkolny und Caro, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz (Kommentar). Berlin 1899.
26. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
27. Windscheid, Pandekten. Zweiter Band. 8. Auflage, bearbeitet von Dr. Theodor Kipp. Frankfurt a/M. 1900.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung: Begriff der Wahlschuld. Abgrenzung der Wahlschuld gegen andere Erscheinungen: facultas alternativa des Schuldners und des Gläubigers; Schuldverhältnis mit Bestimmung des Gegenstandes durch die Parteien; Gattungsschuld . . . 7

Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung tritt ein:

I. durch Wahl einer Leistung, wenn diese erfolgt

§ 2. 1. seitens des Wahlberechtigten, ... 9

§ 3. 2. durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil und 17

§ 4. 3. in Kenntnis des Wahlrechts; 28

II. durch Unmöglichkeit der übrigen Leistungen, wenn diese entsteht

§ 5. 1. nach Begründung des Schuldverhältnisses und 35

§ 6. 2. durch einen Umstand, den die wahlberechtigte Partei oder keine Partei zu vertreten hat; 38

§ 7. 3. auch teilweise Unmöglichkeit beschränkt das Schuldverhältnis 47

§ 1.

Unter Wahlschuld versteht das Bürgerliche Gesetzbuch, der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts entsprechend, ein Schuldverhältnis, vermöge dessen mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist (§ 262).

Auch mehr als zwei Leistungen können wahlweise geschuldet werden; es können Leistungen jeder Art sein, von Sachen wie von Handlungen; auch die Modalität der Leistung (Zeit, Ort) kann alternativ bestimmt sein, da es sich auch hier, im Grunde genommen, um verschiedene Leistungen handelt.

Von der alternativen Obligation ist die alternative Ermächtigung, sogenannte facultas alternativa, zu unterscheiden. Diese kann zu Gunsten des Schuldners wie zu Gunsten des Gläubigers bestehen. Bei ersterer, der alternativen Leistungsbefugnis des Schuldners, wird im Gegensatz zur alternativen Obligation nur *eine* Leistung geschuldet, Schuldner kann sich aber durch Bewirken einer anderen Leistung, die er nicht schuldet, befreien.[1] Bei letzterer, der alternativen Ermächtigung des Gläubigers, ist ebenfalls nur *eine* Leistung in obligatione, Gläubiger

[1]) Die Noxalklagen des Römischen Rechts sowie BGB. §§ 251_2 261, 528, 1973_2, 1992, 2329_2.

kann aber anstatt dieser etwas Anderes verlangen: so im Falle der §§ 283, 339.

Auch das Schuldverhältnis mit Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch die Parteien ist ein der Alternativ-Obligation ähnliches Gebilde. Während jedoch ersteres die Bestimmung des zu Leistenden der bestimmungsberechtigten Partei innerhalb gewisser Schranken ganz frei giebt, sind bei der Alternativ-Obligation gewisse genau bezeichnete Leistungen in obligatione, es ist nur eine eng begrenzte Wahlmöglichkeit vorhanden. Dort ist die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen (§ 315), hier nach Willkür.

Vom Gattungsschuldverhältnis endlich unterscheidet sich das Wahlschuldverhältnis dadurch, daß bei ersterem nur eine Leistung in obligatione ist, deren Gegenstand freilich nur der Gattung nach bestimmt ist und noch individualisiert werden muß, bei letzterem von vornherein mehrere Leistungen zur Wahl stehen. Die Entscheidung der Frage, ob ein Gattungs- oder ein Wahlschuldverhältnis vorliegt, wird um so schwieriger, je zahlreicher die Gattungsmerkmale sind, nach denen die zu leistende Sache bestimmt ist, je enger also der Kreis von Sachen ist, aus denen ausgeschieden werden darf. Hier gilt es, den Willen der Parteien recht zu ermitteln. Haben die Parteien bereits die einzelnen Individuen im Auge, handelt es sich also um die Wahl zwischen individuell bestimmten Gegenständen, so ist ein Wahlschuldverhältnis anzunehmen.[1]

Wie eine jede Obligation, so hat auch die Wahlschuld zum Ziel die Erfüllung. Da aber von den mehreren in

[1]) Matthiaß S. 336 f.

obligatione befindlichen Leistungen nur eine zur Solution kommen soll, so ist zunächst der unbestimmte oder besser: der mehrfach bestimmte Leistungsinhalt zu vereinfachen, die Wahlobligation in eine einfache Obligation umzuwandeln. Diesen Akt der Vereinfachung bezeichnet man als Konzentration oder Beschränkung des Wahlschuldverhältnisses. Sie ist an gewisse Voraussetzungen gebunden, die im Folgenden erörtert werden sollen.

§ 2.

Die Beschränkung des alternativen Schuldverhältnisses auf eine Leistung tritt ein durch Wahl oder durch Unmöglichkeit der übrigen Leistungen. Zwar braucht das Gesetz nur bei letzterer den Ausdruck „Beschränkung" (§ 265), aber aus den übrigen hierher gehörigen Paragraphen (262 bis 264) ist ohne Weiteres zu entnehmen, daß die Beschränkung durch Wahl dem Gesetz als Regel vorschwebt.

„Wählen" heißt hier: sich mittels des Willens für eine der mehreren in obligatione befindlichen Leistungen entscheiden und diese Entscheidung gegenüber dem anderen Teile erklären. Wille und Erklärung sind darauf gerichtet, das Schuldverhältnis auf *eine* Leistung zu beschränken, es zu einem einfachen zu machen. Wenn das Gesetz gemäß § 263 Abs. 2 den Erklärenden an seine Erklärung bindet, diese zu einer unwiderruflichen macht, so folgt es damit nur dem mutmaßlichen Willen des Erklärenden selbst. Sonach charakterisiert sich die Wahl als ein *Rechtsgeschäft* d. h. als eine Willenserklärung, gerichtet

auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.[1]

Die Wahl muß gewissen Erfordernissen gerecht werden, damit sie Konzentration hervorbringt.

Erstes Erfordernis ist, daß der Wahlberechtigte die Wahl ausübt. Wahlberechtigt ist der, den Gesetz oder Rechtsgeschäft als solchen bezeichnet, im Zweifel nach § 262 der Schuldner. Das Gesetz folgt mit dieser allgemeinen Vorschrift dem Gemeinen Recht wie den meisten neueren Kodifikationen;[2] die Ausnahme, welche das Preußische Allgemeine Landrecht[3] für den alternativen Kauf machte, indem es hier nicht dem Verkäufer, sondern dem Käufer, also dem Gläubiger, das Wahlrecht übertrug, hat das BGB. nicht übernommen. Ebenso hat es bei Wahlvermächtnissen die gemeinrechtliche Vergünstigung des Legatars, im Zweifel die Wahl zu haben, stillschweigend beseitigt.[4]

Da bei gegenseitigen Verträgen jede Partei zugleich Gläubigerin und Schuldnerin ist, könnte man zweifelhaft sein, welcher Partei denn nun die Wahl zustehe. Eine bestimmte Entscheidung für diesen Fall giebt das Gesetz nicht, und Planck[5] sowie Cosack[6] glauben folgedessen, den Wahlberechtigten nur durch Vertragsauslegung und nach Lage des Einzelfalls finden zu können, mit der

---

[1]) Matthiaß, S. 170.
[2]) Windscheid, § 255 Anm. 3a. ALR. I. 5. § 274. c. c. Art. 1190.
[3]) ALR. I, 11, § 38.
[4]) Kuhlenbeck, S. 25 f.
[5]) Planck, Anm. 2 zu § 262.
[6]) Cosack, S. 296.

Regelung des § 262 „im Zweifel der Schuldner" sei hier nicht geholfen.

M. E. geht schon aus dem Platz, den § 262 im Gesetz einnimmt, — er steht im Titel „Verpflichtung zur Leistung" schlechthin — hervor, daß eben stets der Schuldner der alternativen Leistungspflicht in dubio die Wahl haben soll, mag es sich nun um einen einseitigen oder um einen gegenseitigen Vertrag handeln. Daß der Schuldner bei letzterem gleichzeitig Gläubiger ist, ändert daran nichts,[1] denn er ist Gläubiger in Hinsicht auf eine andere Leistung. Will also A sein Pferd X oder sein Pferd Y gegen den Jagdwagen des B eintauschen, so steht ihm die Wahl zu. Hat auch B sich alternativ verpflichtet, er will z. B. Jagdwagen oder Britschke geben, so hat A hinsichtlich der Pferde, B hinsichtlich der Wagen das Wahlrecht d. h. jeder bezüglich der von ihm alternativ versprochenen Leistungen.

Doch all' das gilt nach § 262 nur „im Zweifel". Bloß eine Auslegungsvorschrift giebt der Paragraph; der Schuldner hat nicht das Wahlrecht, wenn durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist oder sich auch nur durch Willensauslegung ein Anderes ergiebt. Erst wenn die konkrete Auslegung, bei welcher gemäß § 157 eine etwa bestehende Verkehrssitte zu berücksichtigen ist, nicht sicher feststellen kann, wem das Wahlrecht zustehen soll, beseitigt § 262 den Zweifel und giebt das Wahlrecht dem Schuldner.

---

[1]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 262.
Endemann S. 510.
Schollmeyer S. 62.

Der Umstand, daß die Verkehrssitte der Auslegungsregel des § 262 vorgeht, wird z. B. bewirken, daß beim Kauf praktisch meist derselbe Erfolg erzielt wird, wie unter der Herrschaft des Preußischen Rechts, d. h. daß nicht der Verkäufer, sondern der Käufer, also der Gläubiger, die Wahl hat. Denn es pflegt dem Verkäufer, besonders wenn der Käufer noch schwankt, weniger darauf anzukommen, welchen Gegenstand er verkauft, als daß er überhaupt einen verkauft.[1]

Ebenso wie dem Schuldner oder Gläubiger kann das Wahlrecht auch einem Dritten durch besondere gesetzliche Bestimmung oder durch Rechtsgeschäft eingeräumt werden. Im Gemeinen Recht ging die herrschende Ansicht dahin, daß mit dem Versagen des Dritten das ganze Schuldverhältnis zusammenfalle. Die Ausübung der Wahl war also Bedingung der Obligation.[2]

Der erste Entwurf schloß sich dem Gemeinen Recht an; er enthielt im § 212 die Vorschrift, daß das Schuldverhältnis, falls die Wahl einem Dritten eingeräumt sei, im Zweifel als ein durch die Wahl des Dritten bedingtes zu gelten habe. Dieser Paragraph ist in der zweiten Kommission mit Rücksicht auf die §§ 317—319 als entbehrlich gestrichen worden.[3] Es ergiebt sich darnach für unser Gesetz bei Wahlberechtigung des Dritten Folgendes:

Die §§ 262—265 gelten nur für solche Fälle, in denen Gläubiger oder Schuldner das Wahlrecht hat. Das zeigt schon § 263₁, nach welchem die Wahl durch Erklärung gegenüber dem „anderen Teile" erfolgen muß.

---

[1]) Dernburg, S. 98.
[2]) Dernburg, S. 82.
[3]) Planck, Anm. 4 zu § 262.

Hat ein Dritter das Wahlrecht, so sind für Verträge die §§ 317—319 heranzuziehen.[1] Sie handeln von der Beseitigung der Unbestimmtheit der Leistung durch Bestimmung eines Dritten. Man muß nach ihnen unterscheiden, ob der Dritte nach billigem Ermessen oder nach freiem Belieben die Wahl treffen soll. Im Zweifel ist gemäß § 317_1 Ersteres anzunehmen. Will oder kann der Dritte eine Bestimmung nicht treffen, verzögert er sie oder ist sie offenbar unbillig, so tritt richterliches Urteil als Surrogat ein (§ 319_1). Soll der Dritte jedoch die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist das Geschäft gemäß § 319_2 unwirksam, wenn er nichts bestimmt Das Schuldverhältnis ist also im ersteren Fall unbedingt, im letzteren ein durch die Wahl des Dritten bedingtes; ein Zwang gegen ihn, die Wahl vorzunehmen, ist ausgeschlossen, es sei denn, daß er sich den Parteien gegenüber zur Abgabe seiner Äußerung verpflichtet hatte.

Marcus[2] glaubt, die §§ 317—319 auf die Alternativ-Obligation deshalb nicht anwenden zu können, weil es sich in ihnen nicht um die Wahl unter mehreren von vornherein *bestimmten* Leistungen handele. Darauf ist zu erwidern, daß bei der Alternativ-Obligation allerdings die Wahl in einem gewissen Rahmen vorgenommen werden muß, daß aber doch hinsichtlich der zu *bewirkenden* Leistung hier ebenso wie dort eine Unbestimmtheit besteht, die der Dritte heben soll. So rechnet man denn auch die Alternativ-Obligationen allgemein zu den Obligationen mit mehrfach bestimmtem bezw. unbestimmtem

---

[1]) Planck, Anm. 4 zu § 262.
Dernburg, S. 98.
[2]) Marcus, S. 12, Anm. 2.

Schuldinhalt. — Ein anderer Teil der Schriftsteller[1] will nur den § 319$_2$ herangezogen wissen d. h. die Wahl des Dritten stets in sein freies Belieben stellen, so also zur Regelung des Entwurfs I zurückkehren und die Wahl des Dritten zur Bedingung machen. Schon die Motive[2] bemerkten, daß es so wohl in der Mehrzahl der Fälle der Parteiintention entspräche. Die zweite Kommission war anderer Ansicht, denn sie beseitigte den § 212 und verwies nicht blos auf § 319$_2$, sondern auf die §§ 317—319.

M. E. trifft ihre Ansicht deshalb das Richtige, weil die Parteien, wenn sie einem Dritten das Wahlrecht übertragen, meist gerade einen billigen Spruch wünschen. Der Schuldner will es nicht dem Gläubiger, der Gläubiger nicht dem Schuldner geben, weil sie bei der unbeschränkten Wahlfreiheit des anderen Teils übervorteilt zu werden fürchten. So einigen sie sich auf einen Dritten. Daß sie damit gleich das ganze Geschäft in Frage stellen wollen, ist nicht anzunehmen. Im Gegenteil, hätten sie daran gedacht, daß der Dritte versagen könnte, so hätten sie gewiß andere Vorkehrungen getroffen. Mithin ist es billig, daß hier das Gesetz eingreift und den Richter die Bestimmung treffen läßt, nicht aber, daß das ganze Geschäft zusammenfällt. Ist Letzteres die Absicht der Parteien, so wird entweder ihr Vertrag ausdrücklich darauf hindeuten, oder es wird aus den besonderen Umständen des Falles zu entnehmen sein. —

Eine Besonderheit gilt beim Wahlvermächtnis, bei welchem nach § 2154 Abs. 2 das Wahlrecht des Dritten

[1]) Schollmeyer S. 62.
Engelmann S. 177.
[2]) Motive II, S. 10.

auf den Beschwerten übergeht, wenn der Dritte die Wahl nicht treffen kann. Ein Gleiches gilt, wenn dem Dritten vom Nachlaßgericht auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung gesetzt ist und der Dritte sich innerhalb dieser Frist nicht äußert.

Wahlberechtigt ist ferner der Universal- oder Singularsuccessor des wahlberechtigten Gläubigers oder Schuldners. Das Wahlrecht ist ein im Schuldverhältnis objektiv begründetes Recht, ein Ausfluß oder, wie die Motive sagen,[1] eine Qualität des Schuldverhältnisses, nicht etwa ein höchst persönliches Recht. Es geht deshalb, ebenso wie nach herrschender Ansicht des Gemeinen Rechts,[2] grundsätzlich mit dem Schuldverhältnis auf den Rechtsnachfolger über, wenn nicht eine besondere Geschäftsbestimmung im Wege steht. Der Erbe hat also das Wahlrecht, wenn es der Erblasser hatte. Im Falle der Forderungsabtretung (§ 398) kann es der Cessionar geltend machen bzw. kann es ihm gegenüber geltend gemacht werden. Bei der Schuldübernahme (§§ 414, 415) hat es der neue Schuldner, falls der bisherige wahlberechtigt war, sonst der Gläubiger dem neuen Schuldner gegenüber.[3]

Haben die Parteien einem Dritten das Wahlrecht übertragen, so bleibt es doch nach wie vor Qualität des Schuldverhältnisses; nur die Bestimmung dieses Dritten ist in das Schuldverhältnis hineingezogen, nicht etwa darf der Dritte die Ausübung der Wahl wieder einem anderen übertragen; er kann das Wahlrecht nicht abtreten, es fällt nicht an seinen Universalsuccessor; nur die

[1]) Mot. II, S. 6.
[2]) Pescatore S. 239.
[3]) Oertmann, S. 24.
Schollmeyer, S. 62.
Matthiaß, S. 333.

Parteien können nach wie vor gemeinschaftlich darüber verfügen, es mithin auch dem Universalsuccessor oder dem Substituten des Dritten zubilligen.[1] Ob der Dritte übrigens ein wirkliches Wahlrecht, auf das er klagen kann, erhalten hat, wird sich ebenfalls nach dem Parteiwillen richten; im Zweifel ist es nicht anzunehmen. Das Wahlrecht des Dritten trägt mehr den Charakter der Pflicht.

Ebensowenig wie der Dritte kann die einzelne Partei ohne Zustimmung der anderen ihr Wahlrecht abtreten; sie darf nicht einseitig dem ganzen Schuldverhältnisse eine andere Gestalt geben, es gewissermaßen zu einem anderen machen. Geht sie einen solchen Überlassungsvertrag ein, so wirkt dieser nur zwischen ihr und dem Dritten. Der Dritte macht sich infolgedessen bei Unterlassung der Wahl zwar seinem Gegenkontrahenten gegenüber haftbar, läßt aber die Alternativ-Obligation selbst unberührt, die §§ 317—319 greifen nicht Platz. Vielmehr hat der Gegenkontrahent seinerseits zu wählen. Wählt der Dritte jedoch, so ist die Wahl gültig, wenn er sie im Namen seines Gegenkontrahenten vornimmt, denn dieser kann sich bei Ausübung der Wahl durch Bevollmächtigte vertreten lassen.[2]

Hierher gehört auch der Fall der sogenannten Erfüllungsübernahme. Hat sich nämlich ein Dritter nur dem wahlberechtigten Schuldner gegenüber, also ohne Zuthun des Gläubigers, verpflichtet, die Schuld an den Gläubiger zu berichtigen, so geht das Wahlrecht des Schuldners nicht auf ihn über.[3] Denn die Übernahme

[1]) Schollmeyer, S. 62.
[2]) Dernburg, S. 98. Schollmeyer, S. 62.
[3]) Meisner, Anm. 4 zu § 262;
Matthiaß, S. 333.
Motive II, S. 7.

der Verbindlichkeit ist ein Internum zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Das Wahlschuldverhältnis bleibt unberührt, infolgedessen auch das dem Schuldner zustehende Wahlrecht. Insbesondere wird Schuldner durch eine etwaige Wahl des Dritten nicht dem Gläubiger gegenüber gebunden. Nur dann wird des Dritten Wahl für die Alternativ-Obligation von Bedeutung, wenn er gleichzeitig leistet, er kann dann die ihm passend scheinende Leistung wählen.[1]

Übrigens kann bei gleichzeitigem Angebot der Leistung nach § 267 jeder beliebige Dritte die Wahl ausüben. M. E. jedoch nur, wenn Schuldner die Wahl hat, denn er darf selbst durch seine Leistung nicht in die Gerechtsame des Gläubigers modifizierend eingreifen, wie Oertmann[2] ihm dies anscheinend gestatten will. Hat also der Gläubiger das Wahlrecht und will ein Dritter leisten, so muß er ihm entweder alle geschuldeten Leistungen zur Auswahl anbieten oder sich die gewünschte nennen lassen und demnächst bewirken. Das Wahlrecht bleibt mithin dem Gläubiger.

§ 3.

Zweites Erfordernis einer gültigen, das Schuldverhältnis beschränkenden, Wahl ist ihre Ausübung in der durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form.

In Rom erfolgte die Wahl durch Leistung des einen Objekts oder durch eine neue Parteiabrede.[3] Einseitige Erklärung des wahlberechtigten Teils, dieses oder jenes Objekt leisten bzw. annehmen zu wollen, hatte nur dann

---

[1]) Motive II, S. 7.
[2]) Oertmann, Anm. 1, b zu § 262.
[3]) Windscheid, § 255, S. 25.

bindende Kraft, wenn es im zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft so festgesetzt war; war eine solche Festsetzung nicht erfolgt, so hatte der Erklärende ein beliebiges jus variandi, er konnte seine Wahl jederzeit wieder ändern. — Das Gemeine Recht nimmt nach herrschender Ansicht dieselbe Stellung ein: zu einer gültigen Wahl ist ein Konzentrationsvertrag erforderlich, in welchem die Parteien das zu leistende Objekt vereinbaren. Eine einseitige Erklärung des Wahlberechtigten bewirkt Konzentration nur dann, wenn dies in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft bestimmt worden ist bzw. sich durch Auslegung ermitteln läßt. Da nun letzteres nicht möglich ist, wenn das Rechtsgeschäft eine Bestimmung über die Wahl überhaupt nicht enthält, bleibt es für diesen Fall bei dem jus variandi: Das Wahlrecht wird durch bloße Erklärung des Wahlberechtigten nicht konsumiert. Ist aber im Rechtsgeschäft über die Wahl eine Bestimmung getroffen, so wird dieser nach den Quellen eine sachliche, keine blos persönliche Bedeutung zuzuschreiben sein. Es hat dann durch diese Wahlbestimmung nicht blos gesagt werden sollen, wer wählen dürfe, sondern vor allem, daß durch die einmal getroffene Wahl eine definitive Entscheidung über den verschuldeten Leistungsinhalt herbeigeführt werden solle. Der Wahlberechtigte hat kein jus variandi, nachdem er sich einmal erklärt hat.[1]

---

[1]) Oertmann, Anm. 1 zu § 263.

Windscheid, § 255, S. 25 f. -- A. M. ist Ihering (Jahrbuch für Dogm. I S. 31—33). Nach ihm hat die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten stets verbindliche Kraft: „Nur vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie mit dem Prinzip der Wortinterpretation sei die entgegenstehende Ansicht zu recht-

Unser Gesetz regelt in Übereinstimmung mit anderen modernen Rechten, z. B. dem Preußischen, die Frage dahin, daß zu gültiger Ausübung der Wahl einseitige Erklärung genüge.[1]

§ 263 bestimmt: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. — Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete."

Wie aus Abs. 1 des § 263 hervorgeht, ist die Wahl eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; sie wird der anwesenden Gegenpartei gegenüber sofort mit der Abgabe wirksam, der abwesenden gegenüber gemäß § 130 erst in dem Zeitpunkte, in welchem sie ihr zugeht.

Wie eine jede Willenserklärung, für die eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, kann auch die Wahl durch schlüssige Handlungen vorgenommen werden, so besonders durch Annahme des einen Objekts seitens des wahlberechtigten Gläubigers, durch Leistung oder Angebot der Leistung seitens des wahlberechtigten Schuldners.

Zweifelhaft ist die Bedeutung der Teilleistung. Nach Römischem Recht enthielt in Konsequenz des jus variandi selbst die teilweise Bewirkung der einen Leistung noch keine bindende Wahl. Der Wahlberechtigte konnte das Geleistete kondizieren und die andere Leistung bewirken.[2]

Heute wird man in der teilweisen Leistung bzw. in ihrer Annahme eine stillschweigende Ausübung der Wahl erblicken müssen.[3])

---

fertigen; dem Gemeinen Recht sei dieses Prinzip fremd, die Aufstellung verschiedener Regeln für den Fall des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins einer Wahlklausel also zu verwerfen."

[1]) Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 27.

[2]) Leonhard, S. 9.

[3]) Matthiaß, S. 334; Oertmann, Anm. 2 zu § 263.

Da nach § 266 nicht einmal der Gläubiger einer Speciesschuld verpflichtet ist, Teilleistungen in Empfang zu nehmen, hat vollends der wahlberechtigte Gläubiger einer Alternativ-Schuld keinerlei Verpflichtung, sich durch Annahme einer Teilleistung seines Wahlrechts zu Gunsten des Schuldners zu begeben. Nimmt er gleichwohl an, so zeigt er damit stillschweigend seine Zustimmung zu der vom nicht wahlberechtigten Schuldner statt seiner getroffenen Wahl.

Ebenso liegt in der Teilleistung bzw. dem Teilangebot des einen Objekts seitens des wahlberechtigten Schuldners eine stillschweigende Wahlausübung; Schuldner hat sich damit für Leistung eben dieses Objekts in nicht minder bindender Weise entschieden, als wenn er eine entsprechende Erklärung abgegeben hätte.

Schließlich liegt auch in der Klage auf Erfüllung oder Feststellung der einen Leistung, sowie im Beginn der Zwangsvollstreckung durch den vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher die Ausübung der Wahl seitens des wahlberechtigten Glüubigers; dagegen liegt im bloßen Zwangsvollstreckungsauftrag bezüglich der einen Leistung die Wahl noch nicht.[1] —

Ist so der Wahlakt ausdrücklich oder stillschweigend vorgenommen worden, so tritt nach § 263 Abs. 2 die Beschränkung des Schuldverhältnisses ein, und zwar gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an „allein" geschuldete; die nicht gewählte gilt als von Anfang an nicht geschuldet, als wäre sie nie in obligatione gewesen. Die Wahlerklärung wirkt also zurück auf den Zeitpunkt

[1]) Schollmeyer, Anm. 1 zu § 263.
Planck, Anm. 2 zu § 263.

der Entstehung des Schuldverhältnisses, sie wirkt ex tunc, nicht ex nunc. Aus dem Umstand, daß die nicht gewählte Leistung völlig aus dem Schuldverhältnisse scheidet und der Schuldner von jeder Verbindlichkeit hinsichtlich derselben endgültig frei wird, folgt die Unwiderruflichkeit der einmal getroffenen Wahl.[1] Diese Rechtswirkung, die gemäß § 263 Abs. 2 mit dem Wahlvollzug ipso jure eintritt, kann der Wahlberechtigte nicht einseitig umstoßen, indem er hinterher die Wahl wieder ändert: er hat kein jus variandi.

Im Gegensatz dazu folgert Endemann[2] die Unwiderruflichkeit der Wahl aus dem dem Wahlschuldverhältnis zu Grunde liegenden Vertrage: in diesem hätten sich die Parteien der Entscheidung durch Wahl unterworfen und so den Wahlinhalt als Bestandteil des Vertrages aufgenommen. Sei nun die Wahl erfolgt, so könne der Wahlberechtigte nicht mehr einseitig zurück. — In der Mehrzahl der Fälle wird man auch so argumentieren können. Wie aber, wenn z. B. gemäß § 264 Abs. 2 (in Folge nicht rechtzeitiger Vornahme der Wahl seitens des wahlberechtigten Gläubigers) das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht, wird man dann dessen Wahl auch als Bestandteil des ursprünglichen Vertrages bezeichnen können? Und vollends, wenn die Wahlschuld garnicht auf einem Vertrage, sondern z. B. auf einer Auslobung beruht, zeigt es sich, daß die Endemann'sche Erklärung nicht umfassend genug ist. Dagegen ergiebt sich die Unwiderruflichkeit der einmal

[1]) Entwurf I, § 209 Abs. 1 und Entwurf II § 220 hatten die Unwiderruflichkeit ausdrücklich hervorgehoben.

[2]) Endemann, S. 510 Anm. 7.

getroffenen Wahl für alle Fälle in gleicher Weise unmittelbar aus dem Gesetz, und auch bei Verträgen bedarf es nicht des Umwegs über den Parteiwillen.

Hatte der wahlberechtigte Gläubiger die Wahl durch Klage auf Leistung oder Feststellung des einen Objekts ausgeübt, so entsteht die Frage, ob bei Zurücknahme der Klage sein Wahlrecht wiederauflebt, er also später auch das andere Objekt wählen dürfe. Diese Frage ist zu verneinen. Nach § 271 Abs. 3 der Civilprozeßordnung hat die Zurücknahme der Klage die Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Es werden durch die Zurücknahme nicht nur die Wirkungen der Rechtshängigkeit, sondern auch die übrigen Wirkungen der Klageerhebung derartig beseitigt, als ob keine Klage erhoben wäre. Dies gilt jedoch nur hinsichtlich derjenigen Wirkungen, die gerade durch die Klageerhebung bedingt sind, z. B. hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung.[1] Sind in der Erhebung der Klage andere, nicht an die Form der Klage gebundene, Willenserklärungen zum Ausdruck gelangt, so werden diese durch Zurücknahme der Klage nicht ungeschehen gemacht: Die in der Klageerhebung vollzogene Wahl bleibt also bei Bestand.

Erfolgt die Zurücknahme der Klage mit Einwilligung des Beklagten, so bleibt es auch hier bei dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit der einmal getroffenen Wahl. Es liegt jedoch die Möglichkeit nahe, daß mit der Einwilligung auch die Einräumung eines neuen Wahlrechts beabsichtigt ist.[2]

[1]) Entsch. d. R.-Ger. in Civils. Bd. 33, S. 395.
[2]) Schollmeyer, Anm. 1 zu § 263.

Gerade umgekehrt wie im Römischen Recht ist also die heutige Regelung der Bedeutung des Wahlakts: Dort: das jus variandi bis zur Erfüllung, es sei denn, die Parteien hatten ein Anderes vereinbart, — hier: bindende Kraft der einseitig erklärten Wahl, ein jus variandi nur bei besonderer Parteiabrede. Daß eine solche zulässig, erscheint in Anbetracht des dispositiven Charakters des § 263 nicht zweifelhaft. —

Wie ist die Wahl zu bewirken, wenn die eine oder die andere Partei aus mehreren Personen besteht? Das Gesetz giebt hierüber keine Bestimmung. Der Absatz 1 des § 263 lautet: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile." Der Satz: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung" kann nicht dahin extensiv interpretiert werden, daß bei mehreren Wahlberechtigten übereinstimmende Erklärung nötig sei; und ebenso kann aus den Worten: „gegenüber dem anderen Teil" nicht gefolgert werden, daß bei einer Mehrheit von Personen auf nicht wahlberechtigter Seite die Wahl allen gegenüber zu erklären sei.[1] Gleichwohl stellt die Mehrzahl der Schriftsteller die allgemeine Regel auf, daß eine wirksame Wahlerklärung, soweit sich nicht aus dem konkreten Schuldverhältnisse ein Anderes ergiebt, übereinstimmend abgegeben bzw. allen zugekommen sein müsse.[2] — Eine so einheitliche Beantwortung der Frage wird sich nicht geben lassen, vielmehr wird es nötig sein, die verschiedenen Einzelfälle zu betrachten, in denen auf

[1]) Schollmeyer S. 64.

[2]) Planck, Anm. 3 zu § 263.
Oertmann, Anm. 3 zu § 263.
Dernburg, S. 99.

der Gläubiger- oder Schuldnerseite eine Mehrheit von Personen steht, und darnach zu bestimmen, wer jeweils von den mehreren wahlberechtigt bzw. „der andere Teil" ist.

Es können mehrere an einem Schuldverhältnis beteiligt sein entweder gemeinschaftlich oder pro parte oder solidarisch.

1. Aus der Natur der Gemeinschaft zur gesamten Hand ergiebt sich ohne Weiteres, daß eine gültige Wahlerklärung von allen Gesamthändern ausgehen bzw. allen gegenüber erfolgen muß. Die wahlberechtigten Gesamthänder müssen sich also zuvor einigen: hierfür sind die besonderen Bestimmungen über die Gesellschaft, die eheliche Gütergemeinschaft und die Gemeinschaft der Miterben maßgebend.

2. Sind mehrere Personen nach Anteilen berechtigt bzw. verpflichtet, so haben sie die Wahl gemeinschaftlich zu treffen. Schulden z. B. A und B nach ihrer Wahl 100 Scheffel Weizen oder 100 Scheffel Gerste, so sind sie nach § 420 im Zweifel zu je 50 Scheffel Weizen oder Gerste verpflichtet. Hier kann nicht jeder für sich die Wahl treffen, welche 50 er leisten will, denn dann würde bei verschiedenem Ausfall der Wahl die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die eine vollständige Leistung verhindert, Gläubiger würde eventuell 50 Scheffel Weizen und 50 Scheffel Gerste erhalten, während doch nach § 262 „die eine oder die andere Leistung" zu bewirken ist, Gläubiger also 100 Scheffel Weizen oder 100 Scheffel Gerste zu erhalten hat. Ähnliches ergiebt sich, wenn mehrere Gläubiger die Wahl haben. Es ist mithin einheitliche Wahl nötig: können sich die Berechtigten nicht

einigen, kann also die Wahl nicht wirksam vorgenommen werden, so geht schließlich gemäß § 264 das Wahlrecht auf den anderen Teil über.

Ebenso hat die Wahl allen (pro parte Berechtigten bzw. Verpflichteten) gegenüber zu erfolgen, um wirksam zu sein und die Beschränkung des Schuldverhältnisses herbeizuführen. Hat in obigem Beispiele Gläubiger die Wahl, so muß er sie beiden Schuldnern gegenüber erklären, wählt er etwa nur dem A gegenüber die Gerste, so kann dadurch nicht das ganze Schuldverhältnis auf die eine der Leistungen d. h. die 100 Scheffel Gerste konzentriert werden, denn B, der auch 50 schuldet, ist ja nach wie vor in Unkenntnis über das, was er zu erfüllen hat, zumal A nicht verpflichtet ist, ihm die erfolgte Wahläußerung des Gläubigers mitzuteilen. Eine Teilkonzentration jedoch derart, daß A nunmehr 50 Gerste zu leisten hat, während B hinsichtlich seiner 50 wahlweise verpflichtet bleibt, ist gemäß der Fassung des § 262 abzulehnen; denn wählt Gläubiger später dem B gegenüber den Weizen, so würde damit eine Teilung in den wahlweise geschuldeten Objekten eintreten, die nach § 262 ausgeschlossen sein soll.

Aus ähnlichen Gründen hat ein wahlberechtigter Schuldner seine Wahl allen pro parte berechtigten Gläubigern zu erklären.

3. Bei einer solidarischen Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnis unterscheiden wir eine solidarische Berechtigung und eine solidarische Verpflichtung, ein Gesamtgläubiger- und ein Gesamtschuldnerverhältnis. Sind bei einem Gesamtgläubigerverhältnis die Gläubiger

wahlberechtigt, so fragt es sich, ob zu einer gültigen Wahlerklärung Übereinstimmung erforderlich ist.

Nach § 428 kann Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. In diesem selbständigen Gegenüberstehen des Schuldners und des einzelnen Gesamtgläubigers zeigt sich die Eigenart des Gesamtschuldverhältnisses. Dieser Eigenart liefe es zuwider, wollte man die Ausübung des Wahlrechts nur allen Gläubigern gemeinschaftlich einräumen. Es ergiebt sich also nur die Frage, ob jeder Gläubiger für sich solle wählen können oder ob die erstvorgenommene Wahl eines der Gläubiger das Wahlrecht der anderen konsumieren solle. Leo[1] befürwortet Ersteres, aber wohl mit Unrecht: denn obwohl die Wahlerklärung gemäß § 429 Abs. 3 in Verbindung mit § 425 Abs. 1[2] nicht ausdrücklich als eine der Thatsachen bezeichnet ist, welche gegen alle correi wirken, so ist sie doch dazu zu rechnen, weil sich das aus der Natur des Gesamt-Wahlschuldverhältnisses ergiebt: wollte man nämlich die Wahlerklärung diesen (gegen alle wirkenden) Thatsachen nicht beizählen und somit allen Gläubigern die Wahl freigeben, so würde bei Verschiedenheit der Erklärungen einmal das Wahlschuldverhältnis nicht konzentriert und zweitens dem Gesamtschuldverhältnis die Einheitlichkeit der Leistungspflicht genommen werden; es würde zwischen jedem einzelnen Gläubiger und dem Schuldner eine selbständige Obligation entstehen, von

[1]) Leo, S. 30 ff.

[2]) § 425 Abs. 1 lautet: Andere als die in den §§ 422–424 bezeichneten Thatsachen wirken nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt."

denen Schuldner eine nach *seiner* Wahl zu erfüllen hätte. Um dieses dem Gesamtwahlschuldverhältnis widersprechende Resultat zu vermeiden, ist die seitens *eines* Gesamtgläubigers zuerst vorgenommene Wahlerklärung den gegen die übrigen Gesamtgläubiger wirkenden Thatsachen beizuzählen.

Übrigens hat der wählende Gesamtgläubiger die anderen zu benachrichtigen, da es in deren Interesse liegt, zu wissen, welche Leistung bewirkt wird; das folgt aus § 430, wonach die Gesamtgläubiger in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen.[1]

Ist bei einem Gesamtgläubigerverhältnis Schuldner wahlberechtigt, so genügt es der Eigenart des Gesamtschuldverhältnisses entsprechend auch hier zu einer gültigen Wahl, wenn er sie einem der Gesamtgläubiger gegenüber erklärt; wie er hinsichtlich der Leistung einem jeden Gesamtgläubiger selbständig gegenübersteht, so auch hinsichtlich der Wahl. Doch darf er die Wahl, wie aus dem oben erläuterten Wesen des Gesamt-Wahlschuldverhältnisses folgt, nur einmal treffen; er kann einem zweiten Gläubiger gegenüber nicht die andere Leistung wählen.

Der vom Schuldner benachrichtigte Gläubiger hat die anderen von der erfolgten Wahl in Kenntnis zu setzen, eine Pflicht, die sich aus der Rechtsgemeinschaft der Gesamtgläubiger ergiebt. (§§ 430, 744 ff.)

In ganz ähnlicher Weise wie beim Gesamtgläubigerverhältnis zeigt sich beim Gesamtschuldnerverhältnis, daß die Wahl gültig vollzogen ist, wenn einer der Gesamtschuldner sie erklärt hat bzw. sie einem gegenüber er-

---

[1]) Schollmeyer, S. 64.

klärt wurde. Das folgt auch hier einmal aus dem selbständigen Gegenüberstehen des Gläubigers und eines jeden Gesamtschuldners und zweitens aus dem Wesen des Gesamt-Wahlschuldverhältnisses, das bindende Kraft der zuerst erklärten Wahl für alle Beteiligten verlangt[1] (§ 425 Abs. 1: „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt.").

§ 4.

Drittens ist zu einer gültigen, das Schuldverhältnis beschränkenden, Wahl erforderlich, daß der Wahlberechtigte die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung in Kenntnis seines Wahlrechts abgiebt.

Im Römischen und Gemeinen Recht erfolgte, wie oben (S. 17 f.) erwähnt, die Konzentration nur durch Vertrag oder durch Leistung bzw. Annahme des einen Gegenstandes; jedoch nach herrschender Ansicht nicht durch die Leistung an sich, vielmehr mußte in der Leistung zugleich eine Wahl liegen, ohne Wahl war die Wahlschuld nicht tilgungsfähig. Hatte der wahlberechtigte Schuldner in dem irrigen Glauben, nur das eine Objekt zu schulden, dieses geleistet, also eine Wahl nicht ausgeübt, so konnte er es zurückfordern, hatte er beide Objekte geleistet, in der Meinung, kumulativ verpflichtet zu sein, so konnte er nach seiner Wahl eins derselben kondizieren.[2] Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts beschränkte mithin die Wahlschuld nicht.

Die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten kam im Gemeinen Recht für diesen Punkt garnicht in Betracht,

[1]) Schollmeyer, S. 65.

[2]) Dernburg, Pand. S. 373.

da sie unter allen Umständen dem jus variandi unterlag, also niemals Konzentration herbeiführte, mochte sie nun in Kenntnis des Wahlrechts abgegeben sein oder nicht.

Auch für unser Gesetz gilt der Grundsatz:

Ein Wahlakt, der ohne Kenntnis des Wahlrechts vorgenommen wurde, hat keine beschränkende Wirkung.

„Wählen" heißt: sich zwischen mehreren alternativ geschuldeten Leistungen für die eine als die zu bewirkende entscheiden. Fehlt das Bewußtsein von der Möglichkeit mehrerer Leistungen, so kann von einer Entscheidung für eine derselben und mithin von einer Wahl nicht die Rede sein; ein Zustand des Schwankens, dem dann die Willensrichtung auf Bewirkung der einen Leistung folgt, ist ja von vornherein ausgeschlossen. Deshalb ist die Erklärung, ein bestimmtes Objekt leisten zu wollen, eine einfache Erfüllungserklärung, nicht eine Wahlerklärung, und bei zu Grunde liegender Wahlschuld also völlig bedeutungslos. Eine solche Willenserklärung ist nichtig, sie hat keinerlei Wirkungen, insonderheit keine Konzentrationswirkung.

Ebensowenig kann man der Leistung oder Annahme der Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts eine beschränkende Wirkung beimessen, denn nicht die Leistung an sich bewirkt die Konzentration, sondern die in ihr enthaltene Wahl. Daß dem so ist, ergiebt sich unschwer aus dem Gesetz. Dieses giebt, abgesehen vom § 265, der von der Beschränkung des Schuldverhältnisses durch Unmöglichkeit einer der Leistungen handelt, nur der Wahl beschränkende Kraft. Denn einmal erwähnt es keinen anderen derartigen Motor, spricht vielmehr in den übrigen drei hierher gehörigen Paragraphen (262—264) stets nur

von der Wahl, ihrer Erklärung etc., und zweitens hat es den § 262 derartig gefaßt, daß man schon allein hieraus die Notwendigkeit gerade der Wahl entnehmen muß. § 262[1] definiert die Wahlschuld und bestimmt in unmittelbarem Zusammenhange damit, wer das Wahlrecht haben solle. Das Gesetz überspringt den Zwischengedanken: „so erfolgt die Beschränkung durch Wahl" als etwas Selbstverständliches und beschäftigt sich sofort mit dem Wahlrecht. So steht das Erfordernis, daß zur Konzentration gerade die Wahl nötig ist, hier zwischen den Zeilen.[2] Leistung des einen Objekts, Annahme der Leistung, Klageerhebung können folgedessen eine Beschränkung des Schuldverhältnisses nur herbeiführen, wenn sie eine gültige Wahl enthalten, sie kommen nur als stillschweigende Wahlerklärungen in Betracht. Ist also die Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts erfolgt und mithin nicht das Resultat eines Wahlvorgangs, so stellt sie eine Konzentration des Schuldverhältnisses verbunden mit sofortiger Tilgung nicht dar. Das Wahlschuldverhältnis besteht trotz der thatsächlich bewirkten Leistung fort.[3]

Der hier entwickelten Ansicht war offenbar auch der Gesetzgeber. Der I. Entwurf bestimmte nämlich im § 208 Abs. 2: „Die Wahl gilt auch dann als vollzogen, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen,

---

[1]) § 262: Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.

[2]) Marcus, S. 19.
Stammler, S. 136.

[3]) Dernburg, S. 98.
Oertmann, Anm. 5 zu § 263.
Planck, Anm. 2 zu § 263.

sei es auch nur teilweise, bewirkt, oder wenn der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, sei es auch nur teilweise angenommen hat." Diese Bestimmung wurde jedoch von der zweiten Kommission gestrichen, „weil überflüssig, indem damit nur ein besonderer Fall stillschweigender Wahlerklärung hervorgehoben sein solle, und weil bedenklich, indem die Fassung — die Wahl gilt als vollzogen — auf eine die Kenntnis des Wahlberechtigten von seinem Wahlrecht ignorierende Fiktion hinweise."[1] Der II. Entwurf enthielt also die Bestimmung des I. Entwurfs nicht, weil der Gesetzgeber das Mißverständnis vermieden wissen wollte, als solle die Wahl auch dann als vollzogen, das Schuldverhältnis als konzentriert gelten, wenn der Wahlberechtigte in Unkenntnis seines Wahlrechts eine der Leistungen bewirkt bzw. angenommen habe. Damit im Einklang heißt es auch in den Motiven: „Die Bindung des Wahlberechtigten durch seine Erklärung, d. h. die Unwiderruflichkeit der letzteren, setzt begrifflich voraus, daß er von seinem Wahlrechte unterrichtet gewesen; ohne dies wäre eine Wahl nicht vollzogen."[2] —

Zu einem anderen Resultat kommt Leonhard[3]. Nach ihm ist die in Unkenntnis des Wahlrechts abgegebene Erklärung, das bestimmte Objekt leisten zu wollen, nur dann nichtig, wenn diese Unkenntnis des Wahlberechtigten aus seiner Erklärung hervorgeht, mithin auch dem Gegner erkennbar ist. „Sei dieser Umstand indessen nicht erkennbar und deute die Erklärung auf eine Wahl, so liege lediglich eine Abweichung des Willens vor, die nur zur

[1]) Scherer, Anm. 1 zu § 263.
[2]) Motive II S. 7.
[3]) Leonhard, S. 5.

Anfechtung berechtige (§ 119)." Leonhard hält also im genannten Falle den Wahlberechtigten zunächst bei seiner Erklärung fest; er giebt ihm nur die Anfechtung wegen Irrtums, um der Erklärung ihre Rechtswirksamkeit wieder zu entziehen.

Darauf ist zu erwidern: Nach § 119 hat das Anfechtungsrecht wegen Irrtums 1. „wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder 2. eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte." — Der letztgenannte Irrtum ist der sogenannte „Irrtum in der Erklärung:" es will z. B. jemand 100 Stück Cigarren bestellen, er verschreibt sich und bestellt 1000. Ein derartiger Irrtum liegt im hier behandelten Fall nicht vor, denn der Wahlberechtigte erklärt, was er will: er will X leisten und er sagt: „ich werde X leisten."

Der unter 1. genannte Irrtum besteht darin, daß der Erklärende die Erklärungshandlung, nicht aber das in der Erklärungshandlung als gewollt Bezeichnete will, er hat den „Erklärungswillen" nicht aber den „Geschäftswillen" (Becker)[1]: z. B. es kauft jemand einen bestimmten Ring mit blauem Stein aus der Auslage eines Schaufensters; er glaubt, der Ring bestehe aus Gold, doch besteht er nur aus Talmi. Hier hat der Betreffende erklärt, was er wollte: „Geben Sie mir den und den Ring aus dem Schaufenster!"; doch er befand sich im Irrtum über den Sinn seiner Erklärung, oder wie das Gesetz sagt: „über deren Inhalt." Dieser ist faktisch ein anderer, als er ihn beabsichtigt.

[1]) Matthiaß, S. 212.

Ist es in unserem Fall ebenso? Verbindet der Wahlberechtigte mit seiner Erklärung einen anderen Sinn, als den, der ihr wirklich beizulegen ist? M. E. nicht. Denn der Wahlberechtigte verbindet mit seiner in Unkenntnis seines Wahlrechts abgegebenen Erklärung, das bestimmte Objekt leisten zu wollen, den Sinn einer einfachen Erfüllungserklärung; und ein anderer Sinn kann seiner Erklärung wohl überhaupt nicht beigelegt werden, insbesondere ist es eine begriffliche Unmöglichkeit, einer solchen Erklärung *ohne* Kenntnis des Wahlrechts den Sinn einer *Wahl*erklärung beizulegen. Wille und Erklärung stimmen mithin nicht blos äußerlich überein, sondern auch der Inhalt beider zeigt keine Abweichung von einander; ein Anfechtungsgrund wegen Irrtums ist somit nicht vorhanden.

Noch ein anderer Grund scheint mir gegen die *Leonhard*'sche Ansicht zu sprechen. Während nämlich das Gesetz es für die Anfechtung wegen Irrtums gleichgültig sein läßt, ob der Anfechtungsgegner den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder nicht,[1] hält *Leonhard* nur in letzterem Fall Anfechtung der Wahlerklärung für das Gebotene (sonst Nichtigkeit). Er trägt also bei der Anwendung des § 119 auf Wahlerklärungen ein fremdes, das Anwendungsgebiet des Paragraphen beschränkendes Moment in diesen hinein. Es ist nicht ersichtlich, warum er — wenn er einmal die Anfechtung wegen Irrtums für am Platze hält — den Irrtumsparagraphen nicht in seiner vollen Ausdehnung heranzieht, sondern von der

[1]) Dieser Umstand kommt vielmehr nur für die Schadensersatzpflicht in Betracht: § 122 Abs. 2.

Regelung, die das Gesetz im Allgemeinen für die Anfechtung wegen Irrtums trifft, bei Wahlerklärungen abweicht.

Eine in Unkenntnis des Wahlrechts vorgenommene Wahl ist also auch dann sofort und nicht erst nach Anfechtung nichtig, wenn dem anderen Teil diese Unkenntnis des Wahlberechtigten *nicht* erkennbar war. Daß ein derartiger Irrtum des Wahlberechtigten Nichtigkeit seiner Erklärung zur Folge hat, ergiebt sich aus der eigenartigen Beschaffenheit der Wahlschuld: *Keine Beschränkung des Schuldverhältnisses — ohne Wahl, keine Wahl — ohne Kenntnis des Wahlrechts.*[1]

Ist dagegen die Erklärung in Kenntnis des Wahlrechts erfolgt, so ist sie als Wahlerklärung gültig, kann aber selbstverständlich, wie alle Willenserklärungen, wegen Vorhandenseins von Willensmängeln (arglistige Täuschung, Irrtum u. s. w.) angefochten werden. Ist sie nicht ernstlich abgegeben, in der Meinung, der Mangel des Ernstes werde nicht verkannt werden, so ist sie nichtig.

Aus dem oben Gesagten und den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) folgt:

Liegt in der Erklärung des wahlberechtigten Teils nicht die Wahl, so kann dieser die Erklärung zurücknehmen und nachträglich sein Wahlrecht ausüben. — Hat Schuldner in Unkenntnis der Alternativität das eine Objekt geleistet, so tritt Kondiktionshülfe ein, denn Schuldner wollte eine andere Obligation erfüllen, als in Wahrheit bestand; das nun gewählte Objekt muß er,

---

[1]) Marcus, S. 22.

entsprechend Treu und Glauben, gleichzeitig anbieten.[1] Hat der wahlberechtigte Schuldner, in der Meinung kumulativ verpflichtet zu sein, beide Objekte geleistet, so kann er nach seiner Wahl das eine zurückfordern.[2 3] — Analoges gilt, wenn der sein Wahlrecht nicht kennende Gläubiger das eine Objekt oder beide Objekte annimmt. Im ersteren Fall kann er Umtausch verlangen,[4] im letzteren muß er nach seiner Wahl das eine Objekt herausgeben.[4] —

§ 5.

In der Regel wird die Konzentration des Schuldverhältnisses auf eine der alternativ geschuldeten Leistungen durch Ausübung des Wahlrechts erfolgen. Noch einer anderen juristischen Thatsache jedoch legt unser Gesetz diese Wirkung bei, nämlich der Unmöglichkeit der einen Leistung.

Unter welchen Voraussetzungen geschieht das? Wie beschaffen muß diese Unmöglichkeit der einen Leistung sein, um eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die andere herbeizuführen?

Antwort giebt uns § 265:

„Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das

---

[1]) Dernburg, S. 100; Szkolny und Caro, Anm. 2 zu § 263.

[2]) Dernburg, S. 100.

[3]) Das A.L.R. I, 16 § 192 gab hier dem Empfänger die Wahl. Die jetzige Regelung ist wohl logischer. — Szkolny und Caro, Anm. 2 zu § 263.

[4]) Planck, Anm. 2 zu § 263.
Szkolny und Caro, Anm. 2 zu § 263.

Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat."

Der erste Satz des Paragraphen stellt das Konzentrationsprinzip auf, ohne Unterschied, ob die eine der Leistungen erst *nach* Begründung des Schuldverhältnisses unmöglich wurde oder bereits *bei* Begründung des Schuldverhältnisses unmöglich war. Und doch liegt im letztgenannten Fall eine Konzentration überhaupt nicht vor. Der Begriff „Konzentration", „Beschränkung" erfordert ein Größeres, Umfangreicheres, Inhaltreicheres, aus dem man sich beschränkt. Das ist hier nicht vorhanden. In Wahrheit handelt es sich von Anfang an um ein einfaches Schuldverhältnis, denn nur die mögliche andere Leistung kam in die Obligation.[1] So kann man von einer eigentlichen Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht reden, denn seine Ausdehnung war stets die gleiche: wiewohl alternativ *gefaßt*, ist es ein einfaches.[2] Bei einer Reihe von Schriftstellern[3] kommt dies garnicht oder nur unbestimmt zum Ausdruck; auch die Motive und Protokolle[4] halten hier die Unmöglichkeit von vornherein und die später eintretende Unmöglichkeit nicht auseinander und sprechen schlechthin vom Konzentrationsprinzip.

---

[1]) Schollmeyer, S. 68. Endemann, S. 511. Dernburg S. 101. Oertmann, S. 25.

[2]) Vorausgesetzt, daß die alternative Fassung nur auf zwei Leistungen abgestellt war. Analoges gilt, falls es drei und mehr waren.

[3]) Szkolny und Caro. S. 300. Staudinger, S. 25. Engelmann, S. 176. Cosack, S. 296. Meisner, S. 16. Markus, S. 33. Leo, S. 63.

[4]) Motive II S. 9. Protokolle, S. 564. II. Lef.

Während also das „beschränkt sich" im § 265 in seiner Beziehung auf den zweiten Teil des Vordersatzes wirkliche Konzentration bedeutet, hat es in seiner Beziehung auf den ersten Teil nur die Bedeutung einer Auslegungsregel[1] — ein Zusammenfügen, das wohl aus gesetzestechnischen Gründen erfolgt ist. Der Satz: „Ist die eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die andere" legt das abgeschlossene Geschäft dahin aus, daß die Obligation trotz Unmöglichkeit der einen der Leistungen hinsichtlich der anderen gültig zu Stande gekommen, die Schuld rechtsbeständig sei.[2]

Wäre diese Bestimmung nicht getroffen worden, so mußte § 139[3] zur Anwendung kommen und die interessierte Partei mußte, um den rechtlichen Bestand des noch möglichen Teils des Rechtsgeschäfts d. h. der noch möglichen Obligation zu retten, in jedem einzelnen Falle beweisen, daß das Schuldverhältnis auch als einfaches begründet worden wäre. Durch die Sonderregelung des § 265 ist es umgekehrt geworden: das beabsichtigte Wahlschuldverhältnis hat als einfaches rechtlichen Bestand, bis eine der Parteien darthut, daß ein entgegenstehender Parteiwille beim Abschluß des Geschäfts vorhanden war;[4] denn diesem muß die dispositive Norm des § 265 weichen. Immerhin ist zu vermuten, daß der Parteiwille in der großen Mehrzahl der Fälle dahin geht, die

---

[1]) Kleineidam, S. 27. Schollmeyer, S. 68.

[2]) Dernburg, S. 101.

[3]) § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde."

[4]) Kleineidam S. 27. Schollmeyer, S. 68.

Obligation hinsichtlich der anderen Leistung bei Bestand zu lassen, und aus dieser Erwägung heraus ist vom Gesetz die vom § 139 abweichende Regelung im § 265 getroffen worden.[1]

Da aber dem wahlberechtigten Gläubiger infolge der Unmöglichkeit der einen Leistung eventuell eine günstige Alternative entgeht, ist er gemäß § 307 berechtigt, vom Schuldner Ersatz des negativen Interesses zu verlangen. —

Das von vornherein bestehende Unvermögen des Schuldners zur Leistung ist nach herrschender Ansicht nicht in gleicher Weise zu behandeln:[2] es läßt den Vertrag in vollem Umfange bei Bestand; kann Schuldner nicht leisten, so haftet er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 6.

Tritt die Unmöglichkeit der einen Leistung erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses ein, so haben wir es mit wirklicher Konzentration zu thun. Das BGB. folgt mit diesem Prinzip dem Römischen Recht;[3] schon der I. Entwurf[4] hatte es aufgenommen. Eine Ausnahme bringt jedoch Satz 2 unseres Paragraphen, wonach beim

---

[1]) Protokolle, S. 564. II. Les.

[2]) Dernburg, S. 101. Oertmann, S. 25.

[3]) Dernburg Pand. II § 27 Ziffer 1 c. — Ebenso sächs. Ges. B. § 1012. — Dagegen hatte nach Preuß. ALR. I, 11 § 33 ff. bei Kaufverträgen der Wahlberechtigte ein Rücktrittsrecht.

[4]) Entw. I § 211, 1. Abs.: Ist eine der mehreren Leistungen unmöglich oder später durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen.

Unmöglichwerden der einen Leistung infolge eines Umstands, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat, eine Beschränkung nicht stattfindet. Der Grund ist ersichtlich der, den wahlberechtigten Teil vor Vereitelung seines Wahlrechts durch den nichtwahlberechtigten zu schützen.[1] Deshalb tritt Beschränkung nur ein, wenn die eine der Leistungen durch einen Umstand unmöglich wird, den der wahlberechtigte Teil oder „kein Teil" zu vertreten hat.[2]

Im Einzelnen kommen folgende Fälle in Betracht:

I. Die eine Leistung wird durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand unmöglich.

Es tritt übereinstimmend mit dem Römischen Recht[3] und dem Entwurf I Konzentration ein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dem Gläubiger oder dem Schuldner die Ausübung des Wahlrechts zustand: Gläubiger kann nur die noch möglich gebliebene Leistung verlangen, Schuldner nur diese noch anbieten. Die Gefahr für den zufälligen Untergang der einen Leistung trägt also der Schuldner, im Gegensatz zur einfachen Obligation, bei welcher gemäß § 275 Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, soweit die Leistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wurde. Geht auch die andere Leistung unter, so kommt nun § 275 Abs. 1 zur Anwendung, denn das Wahlschuldverhältnis war durch das Unmöglichwerden der ersten Leistung zum einfachen Schuldverhältnis

[1]) Schollmeyer, S. 69. Meisner, S. 16.

[2]) Zu vertreten ist nach § 276 in der Regel Vorsatz und Fahrlässigkeit, ausnahmsweise tritt auch Haftung ohne Verschulden ein (§§ 31, 278, 279 ꝛc.).

[3]) Windscheid, S. 27.

geworden. So steht also die eine Leistung auf Gefahr des Schuldners, die andere auf Gefahr des Gläubigers.[1]

In Rom durfte Gläubiger mit dem Wert der unmöglich gewordenen Leistung abgefunden werden, falls Schuldner wahlberechtigt war. Es war das ein Anwendungsfall der sogenannten facultas alternativa: nur die möglich gebliebene Leistung blieb in obligatione, doch Schuldner konnte den Wert der unmöglich gewordenen zur Solution bringen.[2]

Ein solches Abfindungsrecht erwähnt das BGB. nicht. Es sind zwar Fälle denkbar, in denen es der Billigkeit zuwiderliefe, den Schuldner, der vergaß, bei Eingehung des Schuldverhältnisses Entsprechendes zu verabreden, nun zur Leistung des anderen Objekts anzuhalten, aber andererseits hat unbedingte Zulassung des Abfindungsrechts leicht Unbilligkeit gegen den Gläubiger im Gefolge. Hier wird eine etwa entstandene Verkehrssitte Abhilfe schaffen: man wird sie neben allen übrigen Mitteln der Auslegung heranziehen, um zu erkennen, welche Regelung die Parteien für den Fall des Unmöglichwerdens einer Leistung durch einen von keiner von ihnen zu vertretenden Umstand wirklich gewollt haben, und man wird den so mit Hilfe der Verkehrssitte ermittelten wirklichen Willen der dispositiven Regelung des § 265 voranstellen.

Bei gegenseitigen Verträgen bleibt Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet. War er wahlberechtigt und hatte er gerade mit Rücksicht darauf seine Gegenleistung

[1]) Dernburg, Pand. S. 80.

[2]) Windscheid, § 255 Anm. 13. — Ebenso Sächs. G.B. § 1012.

höher bemessen, so kann er sie jetzt gemäß § 472 herabmindern. Zum Beispiel: A hat 2 Sachen alternativ gekauft und als Gegenleistung gerade mit Rücksicht darauf, daß *ihm* das Wahlrecht eingeräumt ist, eine besonders hohe Summe, sagen wir 100, versprochen. Geht jetzt die eine Sache casu zu Grunde und konzentriert sich infolgedessen das Schuldverhältnis auf die andere, so bleibt A nicht zur Gegenleistung der vollen 100 verpflichtet, denn er verliert ja sein Wahlrecht, auf das es ihm besonders ankam. A findet die Höhe seiner nunmehrigen Gegenleistung (x) nach folgender Gleichung: x verhält sich zu 100 (der einst versprochenen Gegenleistung) wie der Wert seines Forderungsrechtes z. B. des Vertragsabschlusses ohne eignes Wahlrecht (80) zum Wert seines Forderungsrechts z. B. des Vertragsabschlusses mit eignem Wahlrecht (95):

$$x : 100 = 80 : 95$$

$$x = 84\,{}^{4}/_{19}$$

Auch wenn der Schuldner für die eine unmöglich gewordene Leistung Ersatz erlangt, behält Gläubiger nicht das Wahlrecht auf die möglich gebliebene oder den Ersatz, wie man aus § 281 Abs. 1 schließen könnte. Vielmehr tritt auch hier Konzentration ein, denn § 281 greift nur dann Platz, wenn der *ganze* Schuldinhalt unmöglich wurde und eine Erfüllung, wie sie die Parteien bei Eingehung des Vertrages vorgesehen, nicht mehr eintreten kann. In unserem Fall geht nur eins der Erfüllungsobjekte unter, eine Erfüllung im Sinne der Parteien bleibt nach wie vor möglich.[1] Immerhin kommt selbst bei irrtümlicher Auffassung des § 281

[1]) Kisch, S. 226.

Abs. 1 ein Wahlrecht des Schuldners, ob Ersatz oder möglich gebliebene Leistung, nicht in Frage, denn § 281 spricht nur von einem Recht des Gläubigers. Wollte man diesem aber ein derartiges Wahlrecht einräumen, so kommt das bei gegenseitigen Verträgen fast einem Rücktrittsrecht gleich, denn Gläubiger könnte den eventl. geringen Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung wählen und seine Gegenleistung entsprechend herabmindern. —

II. Die eine Leistung wird durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich.

1. Gläubiger ist wahlberechtigt.

Ebenso wie im Römischen Recht tritt hier keine Konzentration ein. Das Wahlrecht des Gläubigers dauert fort, er kann entweder die möglich gebliebene Leistung verlangen oder die unmöglich gewordene. Wählt er letztere, so gilt diese nach § 263 Abs. 2 als von Anfang an allein geschuldet, folglich muß Schuldner gemäß § 280 Abs. 1 Schadenersatz d. h. das positive Interesse leisten.[1]

Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag und wählt Gläubiger die möglich gebliebene Leistung, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Wählt er dagegen die unmöglich gewordene, so kann er nach § 325 Abs. 1 Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, auch die Rechte aus § 323 geltend machen. Verlangt er Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so muß er seinerseits leisten.

---

[1]) Schollmeyer, S. 70. Dernburg, S. 102.

2. Der vertretungspflichtige Schuldner ist wahlberechtigt.

Im Römischen Recht trat Konzentration ein. Entwurf I bestimmte im § 211: „Ist eine der mehreren Leistungen unmöglich oder später durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen." Da hier Schuldner zu vertreten hat, trat also keine Konzentration ein. Der so geschaffene Zustand erschien der zweiten Kommission mit Recht als ungerechtfertigt,[1] und so erfolgte im Entwurf II die Abänderung, die jetzt § 265 enthält: es tritt wie im Römischen Recht Konzentration ein. Schuldner muß die möglich gebliebene Leistung anbieten, Gläubiger sie annehmen und bei gegenseitigen Verträgen die Gegenleistung bewirken. —

III. Die eine Leistung wird durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich.

1. Gläubiger ist wahlberechtigt.

Im Römischen und Gemeinen Recht ist bestritten, ob Konzentration eintritt. Während die einen behaupten, der zerstörte Gegenstand habe als geleistet zu gelten, meinen andere, daß der Gläubiger auch fernerhin die Wahl habe, und wieder andere — und das ist wohl die hier herrschende Meinung, — daß Konzentration eintrete.

Der letztgenannten Ansicht folgt unser Gesetz. Gläubiger kann nur die noch mögliche Leistung fordern und ist gemäß den Vorschriften über unerlaubte Hand-

---

[1]) Protokolle, S. 564 II. Lef.

lungen (§§ 823 ff.) wegen der unmöglich gewordenen dem Schuldner ersatzpflichtig; bei gegenseitigen Verträgen muß er seinerseits erfüllen. Von der Ersatzpflicht kann sich Gläubiger nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht dadurch befreien, daß er die durch seine Schuld unmöglich gewordene Leistung wählt.[1] M. E. wird das nicht immer der Billigkeit und der Verkehrssitte entsprechen. A erhält z. B. zwei alternativ gekaufte Fahrräder zur Probe und Auswahl. Er verunglückt auf dem einen und ruiniert es völlig. Jetzt muß er nach § 823 für ein Rad Schadensersatz leisten und nach § 265 das zweite wählen. Das ist für den Verkäufer sehr angenehm, denn er schlägt statt eines Rades nun zwei Räder los, für den Käufer aber sehr hart, denn er wollte nur ein Rad kaufen und hat zudem nach dem ersten mißglückten Versuch vielleicht den Entschluß gefaßt, das Radfahren doch lieber zu lassen. Außerdem aber entspricht es nicht der Verkehrssitte; nach dieser wird es genügen, wenn er das heile Rad zurückschickt und das andere bezahlt. Wenngleich also nach § 265 grundsätzlich Konzentration eintritt, so wird man doch dem Gläubiger gestatten müssen, den von ihm vernichteten Gegenstand als Erfüllung anzunehmen und damit von der Ersatzpflicht loszukommen, wenn nicht irgendwie erhellt, daß die Parteien bei Eingehung des Schuldverhältnisses auch diesen Fall im Auge gehabt und ihn abweichend von der Verkehrssitte haben regeln wollen. Sonst tritt eben die Verkehrssitte als Mittel der Auslegung des Parteiwillens und diesen ergänzend ein.[2]

[1]) Protokolle, II. Les. Bd. I. S. 284.
[2]) Oertmann, S. 26; Szkolny und Caro, S. 300.

Doch auch dem Schuldner gegenüber kann die Regelung unseres Paragraphen zur Unbilligkeit führen. Handelt es sich z. B. um zwei seltene Kunstwerke, von denen A seinem Freunde B das eine oder andere um ein Mäßiges nach seiner Wahl überlassen will, so wäre seine Güte schlecht belohnt, wenn B, nachdem er das eine fahrlässig zerstört, nun noch das andere begehren dürfte. Hier wird der mutmaßliche Wille zu erforschen sein, und der geht offenbar dahin, unter allen Umständen nur ein Bild fortzugeben.

2. Schuldner ist wahlberechtigt.

Im Römischen und Gemeinen Recht trat nach der herrschenden Meinung Konzentration ein, doch hatte Schuldner (hier ebenso wie im oben erwähnten Fall kasuell eintretender Unmöglichkeit) das Recht, den Gläubiger mit dem Wert der untergegangenen Sache bzw. unmöglich gewordenen Leistung abzufinden.[1] Es entstand eine einfache Obligation mit facultas alternativa. Eine andere Meinung[2] ging dahin, daß schlechthin Konzentration auf die andere Leistung eintrete und daß der ersatzpflichtige Gläubiger den etwaigen Mehrwert dieser gegenüber der unmöglich gewordenen Leistung mit zu ersetzen habe.

Der I. Entwurf folgt letzgenannter Ansicht, ein Abfindungsrecht gab er nicht. Gläubiger konnte also arglistig die Wahl des Schuldners vereiteln.

Diese Unbilligkeit beseitigt der II. Entwurf und nun das Gesetz. Darnach tritt keine Konzentration ein,

---

1) Windscheid, S. 27. Dernburg, Pand. II S. 81.
2) Pescatore, S. 233 und 211 ff.

Schuldner behält die Wahl, 1. das noch vorhandene Objekt zu leisten und für das untergegangene nach § 823 Schadensersatz zu verlangen oder 2. das noch vorhandene zu behalten d. h. das in natura untergegangene zu wählen und damit gemäß § 275 in Verbindung mit § 263 Abs. 2 seiner Verpflichtung ledig zu werden.

Stammler ist der Ansicht, daß der wahlberechtigte Schuldner in unserem Fall frei werde, das Schuldverhältnis gehe also völlig unter.[1] Er stützt sich auf § 275, doch übersieht wohl, daß dieser Paragraph nur für einfache Obligationen zutrifft bzw. für alternative, wenn alle Leistungen casu unmöglich werden; wird nur die eine oder die andere unmöglich, so ist das ein Fall teilweiser Unmöglichkeit des Schuldverhältnisses, für den eben die Regelung des § 265 zutrifft.

Wortlaut wie Sinn unseres Paragraphen aber stimmen nicht mit seiner Ansicht zusammen: gerade um der Verkümmerung des Wahlrechts durch den Nichtwahlberechtigten vorzubeugen, steht der zweite Absatz da, und die Worte „die Beschränkung tritt nicht ein" können doch nur die Aufhebung einer Einschränkung d. h. hier der Konzentration des Schuldverhältnisses besagen, nicht aber dahin interpretiert werden — wie Stammler es thut — das Schuldverhältnis solle nun ganz untergehen.[2]

Schuldner behält bei gegenseitigen Verträgen stets den Anspruch auf Gegenleistung, „er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Ver-

[1]) Stammler, S. 135.

[2]) Ebenso Marcus S. 34. Matthiaß S. 336.

wendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt." (§ 3241).

Erlangt der Schuldner für den geleisteten Gegenstand einen Ersatz, so muß er diesen auf die vom Gläubiger zu zahlende Entschädigung in Anrechnung bringen.[1] (§ 281.)

§ 7.

Wenn die eine der Leistungen teilweise unmöglich wird, beschränkt sich dann auch das Schuldverhältnis auf die andere?

§ 265 spricht nur von der Unmöglichkeit einer der Leistungen schlechthin, und Schollmeyer zieht hieraus die Konsequenz, wenn er sagt, „die Konzentration setze voraus, daß die eine der alternativ geschuldeten Leistungen in ihrem ganzen Umfange unmöglich geworden sei."[2] Der Wahlberechtigte soll demnach stets die Wahl behalten, ob er die noch voll mögliche Leistung oder die teilweis unmöglich gewordene bewirken bzw. fordern will. Nebenher geht natürlich die Verpflichtung der Partei, die den schädigenden Umstand zu vertreten hat, Schadensersatz wegen des unmöglich gewordenen Teils gemäß § 823 zu leisten.

M. E. führt dieser Grundsatz der Nichtkonzentration, wie sich gleich bei der Betrachtung der einzelnen Fälle zeigen wird, zu Härten; diese lassen sich bei analoger Anwendung des § 265 auch auf die teilweise Unmöglichkeit vermeiden.[3]

---

1) Kisch S. 228.
2) Schollmeyer, S. 71.
3) Derselben Ansicht Titze S. 197 f.

Die Fälle in denen der nicht wahlberechtigte Gläubiger oder Schuldner den schädigenden Umstand zu vertreten hat, dürfen wir hier ausscheiden, da in diesen auch nach § 265 Beschränkung nicht eintritt.

1. Ist der wahlberechtigte Schuldner vertretungspflichtig, so kann er nach Schollmeyer dem Gläubiger entweder das unberührt gebliebene oder das teilweis vernichtete Objekt leisten. Wählt er letzteres, so kann Gläubiger Schadensersatz wegen des Fehlenden und eventl. vollen Schadensersatz nach § 280 Abs. 2 fordern, bei gegenseitigen Verträgen auch die Rechte aus § 325 Abs. 1 geltend machen d. h. vom Vertrage zurücktreten u. s. w. Das unberührt gebliebene Objekt jedoch darf er nicht beanspruchen. Das erscheint unbillig. Zur Abhülfe will Kisch,[1] wenn das eine Objekt vom Schuldner derartig teilweise zerstört wurde, daß der Gläubiger in der Lage ist zu beweisen, Leistung desselben habe für ihn kein Interesse mehr, eine so geartete teilweise Unmöglichkeit der Leistung der völligen Unmöglichkeit gleichstellen und Konzentration eintreten lassen.[2]

M. E. wäre es in diesem Fall das Richtige, grundsätzlich Konzentration eintreten zu lassen, denn warum soll Gläubiger, wenn Schuldner noch einen Rest der einen Leistung übrig läßt, schlechter gestellt sein, als wenn er sie ganz vernichtet? Weshalb soll Gläubiger die Schuld des Schuldners mittragen, wiewohl doch die

---

[1]) Kisch, S. 237.

[2]) Kisch, S. 237. Er beruft sich zu Unrecht auf Schollmeyer, denn dieser giebt nur dem Gläubiger, wenn er das Wahlrecht und Schuldner zu vertreten hat, die Befugnis, auch die vollmöglich gebliebene Leistung zu wählen, bleibt also ganz im Rahmen seines Prinzips, während Kisch hier eine Ausnahme konstruiert.

andere auch in obligatione befindliche Leistung heil daneben steht? Denn wenn er vielleicht auch nicht in der Lage ist zu beweisen, Leistung des Rests habe für ihn kein Interesse mehr, und nun außer dem Rest noch Schadensersatz wegen des Fehlenden erhält, so wird ihm damit doch nicht so gedient sein, wie mit einer intakten Leistung, die er sich hat versprechen lassen und die ihm nun durch Schuld des anderen Teils entrinnt. Andererseits liegt kein Grund vor, den vertretungspflichtigen Schuldner zu begünstigen. Er hat ein heiles Objekt versprochen, also muß er es leisten, so lange er dazu im Stande ist.

2. Noch schärfer tritt das Bedürfnis nach Konzentration hervor, wenn keine Partei den schädigenden Umstand zu vertreten hat.

Hier durchbricht Kisch[1] zum zweiten Male sein Prinzip. Handelt es sich nämlich in diesem Fall um einen gegenseitigen Vertrag und wählt Schuldner oder Gläubiger das teilweise vernichtete Objekt, so mindert sich die Gegenleistung gemäß § 323 Abs. 1 nach Maßgabe der §§ 472, 473. Ist also nur noch ein kleiner Rest übrig geblieben, so kommt die wählende Partei faktisch vom Vertrage los. Um dies zu vermeiden, will Kisch die teilweise Unmöglichkeit der völligen dann gleichgestellt wissen und somit für unseren Fall Konzentration erreichen, wenn die Leistung des teilweis vernichteten Objekts nicht einmal als teilweise Erfüllung gelten kann d. h. namentlich dann, wenn die Leistung inhaltlich unteilbar ist, oder der Parteiwille

[1]) Kisch, S. 227.

Unteilbarkeit vorschrieb. Wie aber, wenn ein Parteiwille nicht erhellt und die Leistung inhaltlich teilbar ist? Dann würde eventl. die oben erwähnte unerwünschte Folge eintreten. — Handelt es sich vollends um einen einseitigen Vertrag, so daß also von einer Gegenleistung und ihrer Herabminderung nicht die Rede ist, so kann sich nach dem Grundsatz der Nichtkonzentration der wahlberechtigte Schuldner durch Leistung des von ihm gewählten, vielleicht ganz geringfügigen Rests befreien. Das erscheint unbillig, widerspricht aber auch dem Zweck der Alternativobligation, denn diese will nicht nur dem Schuldner größere Freiheit, sondern vor allem auch dem Gläubiger größere Sicherheit gegen eine Unmöglichkeit der einzelnen Leistung geben.[1] Deshalb stellt § 265 das Konzentrationsprinzip auf. Alle Leistungen mit Ausnahme der letzten stehen auf Gefahr des Schuldners, nur diese auf Gefahr des Gläubigers. Weshalb soll es bei teilweiser Unmöglichkeit anders sein und Gläubiger von vornherein die Gefahr tragen? Das kann das Gesetz nicht wollen und deshalb muß m. E. auch hier Konzentration eintreten: Schuldner *behält* den Rest und hat das möglich gebliebene Objekt zu leisten.

Kleineidam[2] will, daß in diesem Fall zunächst die einzelne teilweis unmöglich gewordene Alternativleistung unter dem Gesichtspunkt des § 275 geprüft werde. Trete hiernach teilweise Befreiung des Schuldners ein, so solle man nun das ganze alternative Schuldverhältnis ins Auge fassen und zusehen, ob der noch mögliche Teil der einen Leistung gemäß den Partei-

[1]) Leonhard, S. 6.
[2]) Kleineidam, S. 104.

intentionen überhaupt noch für die Wahl in Betracht komme. Sei dies nicht der Fall, so stehe die teilweise Unmöglichkeit der völligen gleich und § 265 käme zur Anwendung.

Darauf ist zu erwidern, daß die Alternativ-Obligation auch nicht in ihren einzelnen Zweigen sich unter den § 275 stellen läßt. Sie ist ein eigenartiges Gebilde, bei dem Schuldner hinsichtlich aller Leistungen mit Ausnahme der letzten d. h. eben, so lange sie als Alternativ-Obligation besteht, die Gefahr trägt. An diesem Grundsatz, der, wie oben erwähnt, aus dem Zweck der Wahlschuld hergeleitet ist, würde gebröckelt werden, wollte man bei teilweiser Unmöglichkeit einer der alternativ geschuldeten Leistungen diese einzelne Leistung unter dem Gesichtspunkt des § 275 betrachten, den Schuldner dementsprechend befreien und den Gläubiger auf den Rest der Leistung verweisen; denn dadurch würde man die Gefahr auf den Gläubiger überwälzen.

Übrigens ist die Grenze, von der ab Kleineidam den § 265 angewendet wissen will, nämlich „sobald der noch mögliche Teil gemäß den Parteiintentionen für die Wahl nicht mehr in Betracht kommt", im Einzelfall außerordentlich schwer zu ziehen. Wäre sie aber auch leicht festzulegen und würden des Gläubigers Interessen gebührend dabei berücksichtigt, so würde Gläubiger doch, so lange § 265 nicht zur Anwendung kommt, stets einen Ausfall erleiden, denn vollmöglich ist eben die Leistung nicht mehr, wenn sie vielleicht für die Wahl auch noch in Betracht gezogen werden kann. Solcher Ausfall aber darf dem Gläubiger, dem Zweck der Wahlschuld ent-

sprechend, nicht zugemutet werden, solange auch nur eine Leistung noch intakt ist.

3. Schließlich scheint es mir auch unbedenklich, Konzentration eintreten zu lassen, wenn der wahlberechtigte Gläubiger den schädigenden Umstand zu vertreten hat. Gläubiger kann die noch mögliche Leistung fordern und hat dann den Schuldner wegen der teilweise unmöglich gewordenen zu entschädigen. Wird unter Heranziehung einer etwa entstandenen Verkehrssitte ein derartiger Parteiwille ermittelt, so kann Gläubiger das teilweis von ihm vernichtete Objekt als Erfüllung annehmen und wird dann von der Ersatzpflicht frei.